Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Expediente CSJ 1324/2023, caratulado "S. Z., A. D. s/ Medida Autosatisfactiva"

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ, Defensora General de la Nación, CUIL 27-06409589-2, CUID 50000000008, con domicilio constituido en Avenida Callao 970, segundo piso contrafrente, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ante VV.EE. me presento y respetuosamente digo:

I. En ejercicio de la representación que me confiere el artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y los artículos 35, inciso "c", y 43 de la Ley 27.149, me expido sobre la vista conferida por la Excma. Corte Suprema respecto de la niña M.V., nacida el 8 de enero de 2016.

II. El Recurso de Queja interpuesto se dirige contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, que rechazó el Recurso Extraordinario Federal de la parte actora. El máximo tribunal provincial confirmó el decisorio de la Cámara Cuarta en lo Civil, Comercial y de Minas, Sala Unipersonal N° 7, que denegó la medida autosatisfactiva incoada por la Sra. A.D.S.Z., le ordenó la restitución de su hija M.V. a la provincia de La Rioja, la privó de la responsabilidad parental y le impuso astreintes. Asimismo, esa decisión informó el delito de desobediencia a la autoridad al juzgado de turno –Juzgado de Instrucción de Violencia de Género y Protección Integral de Menores N° 2–.

II.1. La Sra. A.D.S.Z. y el Sr. M.V. mantuvieron una relación de pareja por cinco años, la que habría estado atravesada por desavenencias y por situaciones de violencia. Su convivencia finalizó en el año 2018. De esa unión nació en 2016 la niña M.V., actualmente de siete años de edad. En el marco del expediente de cuidados personales y régimen de comunicación se estableció oportunamente un acuerdo para el ejercicio compartido y alternado (Expediente 1040118/12263 Letra "V", Año 2018, "V.M. / S.Z., A.D s/ alimentos, cuidado personal, derecho de comunicación").

II.2. Surge del expediente que, en 2018, la niña M.V. habría manifestado a su madre situaciones de abuso sexual de parte de su abuelo paterno durante las visitas a su progenitor (cf.

USO OFICIAL

acta notarial agregada a fs. 33), que motivaron denuncias en sede penal que luego fueron desestimadas. En esos procesos se llevaron adelante medidas de prueba tales como declaraciones en Cámara Gesell y muestras de ADN para analizar compatibilidad (cf. Informe del MPF de La Rioja agregado a fs. 33).

II.3. En febrero de 2022, ante una manifestación por parte de la niña de similar tenor, la Sra. A.D.S.Z. realizó dos nuevas denuncias penales –una en la Unidad de Violencia de Género del MPF y otra en la Comisaría de la Mujer–. A la vez, presentó una medida autosatisfactiva en el fuero de familia donde solicitó suspender provisoriamente el régimen de cuidados compartidos que se encontraba vigente y que se adopten medidas de protección a favor de la niña respecto de su abuelo paterno, el Sr. J.J.V.

II.4. El Defensor Oficial del Ministerio Público Tutelar de La Rioja asumió la representación de la niña y, previo a dictaminar, solicitó con carácter urgente una audiencia privada con la psicóloga tratante de M.V. Con posterioridad, agregó informes escolares que obraban como prueba documental en el expediente de régimen de comunicación y cuidados, los cuales daban cuenta de dificultades en cuanto a la continuidad educativa de M.V., producto de la conflictiva familiar.

II.5. A solicitud de la magistrada interviniente, el Ministerio Público Fiscal de La Rioja informó que existían dos denuncias en 2022 que habían sido unificadas en un expediente, por tratarse del mismo hecho: Expediente 14892 “S”- Año 2022- caratulada “S.Z., A.D en representación de M.V.- Denuncia” dirigida contra J.J.V y otros. Observó que, dado que existía una denuncia previa de 2019 “V., J.J.A. s/Abuso Sexual”, en el marco de la cual se habían llevado a cabo distintas medidas de prueba –declaraciones en Cámara Gesell y muestras de ADN, ambas negativas–, consideró que someter a la niña a nuevos peritajes conduciría a una revictimización innecesaria. Concluyó que correspondía el archivo por atipicidad (cf. Informe del MPF de fecha 5/5/2022, fs. 33, pp. 112-119).

II.6. A fin de facilitar una revinculación con el progenitor, el 30 de mayo de 2022 el juzgado ordenó la realización de un informe socioambiental en el domicilio de la niña y otro escolar en su establecimiento educativo. El 1 de junio de 2022, el Juzgado de Menores de la Primera Circunscripción Judicial fijó audiencia privada con la niña en presencia del Defensor de Menores

para el día siguiente, a la cual la Sra. A.D.S.Z. y M.V. no asistieron. El 3 de junio de 2022, de la declaración tomada por el oficial de justicia que se apersonó en el domicilio de la Sra. A.D.S.Z surgió que ambas habían abandonado la provincia de La Rioja.

II.7. Se ordenaron distintas diligencias para dar con el paradero de madre e hija. Durante esa tramitación, el 14 de septiembre de 2022 la magistrada rechazó la medida autosatisfactiva requerida, a la vez que ordenó la restitución de la niña a la provincia de La Rioja, privó de la responsabilidad parental a la Sra. A.D.S.Z. –en virtud del artículo 700 inciso "c" del CCCN–, informó el delito de desobediencia al juzgado de instrucción de turno e impuso astreintes por dos mil pesos diarios hasta que la niña fuera devuelta y constituyera domicilio en el de su progenitor. En función de ello, se libró un exhorto a la autoridad judicial competente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde se encontraban la Sra. A.D.S.Z y M.V., para que se ejecutara la medida correspondiente. Además, el Juzgado N° 2 de Instrucción de Violencia de Género y Protección Integral de las Mujeres ordenó la detención de la Sra. A.D.S.Z. por el delito de desobediencia.

II.8. La decisión de la Jueza de Cámara en lo Civil, Comercial y de Minas Unipersonal fue recurrida por la Sra. A.D.S.Z. ante el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, mediante un recurso de casación. El recurso fue desestimado, toda vez que se consideró que, al ser un proceso sustanciado *inaudita parte*, debería haberse deducido previamente un recurso de reposición frente a la misma jueza que dictó la sentencia, de conformidad con el artículo 253 del Código Procesal Civil de La Rioja.

USO OFICIAL

II.9. Como consecuencia, la Sra. A.D.S.Z. interpuso un Recurso Extraordinario Federal ante el TSJ de La Rioja, con base en la doctrina de la arbitrariedad por excesivo rigor formal y por la consiguiente afectación del interés superior de M.V. Este recurso fue desestimado por el tribunal superior. Los magistrados descartaron la existencia de arbitrariedad en la sentencia, pues evaluaron que la garantía de defensa en juicio no ampara la negligencia o conducta omisiva de los justiciables, quienes deberían haber interpuesto un recurso de reposición para evitar remedios innecesarios. A la vez, afirmaron que la recurrente había utilizado fórmulas genéricas y abstractas que no lograban fundar los agravios expuestos, sin que exista una cuestión federal suficiente.

En virtud de ello, la Sra. A.D.S.Z. interpuso el Recurso de Queja en estudio.

II.10. En paralelo a la secuencia reseñada, la Sra. A.D.S.Z. formuló en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires una denuncia por violencia familiar que recayó en el Juzgado Nacional en lo Civil N° 106 – Expediente CIV 40030/2022–. En ella, la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN evaluó la existencia de "riesgo alto", por lo que el juzgado ordenó medidas de restricción de acercamiento a favor de la niña y de su madre, contra los Sres. M.V. y J.J.V, que se encuentran vigentes. En ese expediente está debatida la competencia entre las jurisdicciones de La Rioja y la Justicia Nacional en lo Civil, asunto que se encuentra pendiente de resolución ante la Excma. CSJN con motivo de un recurso interpuesto por la Sra. A.D.S.Z. De todos modos, la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial, Sala A, decidió diferir la restitución de la menor de edad hasta tanto fuera garantizada su seguridad personal (resolución de 23/2/2023, Expte. CIV 40030/2022, fs.145/153).

II.11. En ese expediente nacional tramitó el exhorto solicitado por el Juzgado N° 2 de Instrucción de Violencia de Género y Protección Integral de las Mujeres para procurar la detención de la Sra. A.D.S.Z. por el delito de desobediencia (Expediente CIV 40030/2022/1 Incidente N° 1 "S.Z, A.D c/ V., M.N y otro s/ Denuncia por Violencia Familiar). El 22 de febrero de 2023, al ejecutar la orden con intervención de la Policía de la Ciudad y del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la CABA (CDNNA), el operativo debió ser suspendido ante la posible vulneración de los derechos de la niña. Luego, el Juzgado convirtió la orden de detención en prisión domiciliaria, la que continúa vigente a la fecha (cf. Informe PGN, Recurso de Queja N° 2 CIV 40030/2022/2, fs. 48).

II.12. Durante la entrevista mantenida el 23 de febrero de 2023 con el equipo interdisciplinario del CDNNA, la niña M.V. manifestó haber sufrido abusos sexuales por parte de su progenitor y de su abuelo paterno. Sobre esa base, el organismo realizó una denuncia penal que se radicó ante el Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 62 de esta ciudad. Por resolución de 7 de junio de 2023, se archivó de forma parcial la denuncia respecto del Sr. J.J.V. por falta de acción por litispendencia (cf. Informe de la PGN, Recurso de Queja No.2 CIV 40030/2022/2, fs. 46/47). En la actualidad, ese proceso permanece abierto pero sujeto a una discusión sobre

competencia (CCC 10933/2023/1/CA2-CA1 V.M. s/ Incidente de competencia, resolución de 22 de agosto de 2023).

II.13. Por otro lado, el equipo interviniente del CDNNA realizó en fechas 23 y 24 de febrero de 2023 un informe socioambiental sobre la niña M.V. y su grupo familiar, donde concluyó que: "[d]e *las entrevistas en emergencia no surgen indicadores de que actualmente M. se encuentre expuesta a situaciones de vulneración de derechos* […] *La progenitora posee recursos y capacidades simbólicas y emocionales para su protección y cuidado, garantizando los derechos de la niña. Asimismo, cuenta con un sostenimiento psíquico y afectivo de su entorno, contando con vínculos de confianza que poseen disponibilidad para responder a las necesidades de la niña. Por lo expuesto, consideramos que no existe impedimento para que la niña continúe la convivencia junto con su progenitora puesto que es beneficioso y recomendable, debido a la expresión de deseo de M. de manera explícita de convivir junto a la misma*" (cf. Incidente N°1 CIV 40030/2022/1, fs. 55, pp. 7-20 del archivo digital).

II.14. Todos los elementos reseñados en los apartados previos son relevantes para analizar el caso en el mejor interés de la niña M.V.

III. Respecto de la procedencia formal del recurso, considero que se encuentran reunidos los presupuestos del artículo 14 de la Ley 48 y del artículo 6 de la Ley 4.055 (cf. Fallos 317:938 y 345:285 –punto III del dictamen de la Procuración General de la Nación, al que remite la CSJN). Asimismo, el caso reviste especial importancia a la luz de la naturaleza de los derechos en juego.

USO OFICIAL

III.1. La Excma. Corte Suprema ha sostenido que, a los fines del artículo 14 de la Ley 48, la sentencia ha de reputarse definitiva, aun sin serlo en el estricto sentido procesal, cuando lo decidido es susceptible de producir un agravio que, dada su magnitud y las circunstancias de hecho que lo condicionan, podría resultar frustratorio de los derechos en los que se funda el recurso por ser de insuficiente o tardía reparación ulterior (Fallos 331:2135, 342:1227 -punto III del dictamen de la Procuración General de la Nación, al que adhirió la CSJN- y 344:241). Entiendo que esa circunstancia se presenta en el caso, ya que el resolutorio que ordenó la restitución de la niña M.V. a la provincia de La Rioja y privó a su progenitora de la responsabilidad parental, implica

la adopción de un dispositivo convivencial que tiene una evidente incidencia en la vida actual y futura de la niña, determinando la configuración de un agravio de insuficiente, imposible o dificultosa reparación ulterior (Fallos 344:241 y 333:1776).

Asimismo, el caso suscita cuestión federal desde que pone en tela de juicio la inteligencia de normas constitucionales y convencionales (en particular, art. 75 inc. 22, Constitución Nacional y arts. 3.1 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño) y la sentencia del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que se ha fundado en ellas (cf. Fallos 328:2870, 330:642, 335:1136 y 341:1733). Al mismo tiempo, se invoca la errónea ponderación de las disposiciones de la Ley 26.061, así como del artículo 706 inciso "c" y 707 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto receptan las directrices adoptadas en la convención citada (Fallos 344:2669).

En otro orden, la sentencia es arbitraria porque no consideró el derecho a ser oída de M.V. La niña no fue escuchada de forma personal en ninguna instancia de este trámite procesal específico, ni se tuvo en cuenta la opinión que expresó durante evaluaciones psicológicas. Más aún, la privación de la responsabilidad parental de la progenitora –cf. art. 700 inc. "c", CCCN– se realizó teniendo en cuenta un único informe psicológico del cual no se desprenden las conclusiones afirmadas en la sentencia. A la vez, la decisión judicial no aborda ni evalúa el efecto que -de ejecutarse- podría producir en la niña, por lo que vacía de todo contenido a su "interés superior".

Adicionalmente, la decisión impugnada constituye un exceso jurisdiccional que afectó la garantía de defensa en juicio de la Sra. A.D.S.Z. y de su hija M.V. (art. 18, CN y art. 8, CADH), al haber introducido una cuestión que resulta ajena al objeto del proceso –privación de la responsabilidad parental– y que no había sido tratada de forma previa ni solicitada por el Sr. Defensor de Menores.

Por otro lado, la jurisprudencia de esa Excma. Corte sostiene que sus sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en el que se dictan, aunque ellas resulten sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos 269:31, 308:1087, 316:1824, 317:704, 321:865 y 344:1149), especialmente en casos que atañen a procesos de familia pues poseen una dinámica donde se modifican los escenarios de manera constante ("L.M.

s/ abrigo", CSJ 2209/2019/CS1, 7 de octubre de 2021). Debe destacarse que la situación de M.V. ha variado sustancialmente, encontrándose en la CABA hace más de un año (cf. CIV 40030/2022, Informe OVD, fs. 2). Al mismo tiempo, se han producido medidas de prueba de mayor actualidad –audiencia de escucha de la niña, informes psicológicos e informe socioambiental– en expedientes conexos que tramitan en CABA y que deben ser ponderados a los fines de arribar a una decisión que garantice una tutela judicial efectiva, en función del interés superior de la niña y de su derecho a ser oída.

Lo expuesto evidencia que el marco normativo exige que se valore prueba producida en este expediente y en otros que involucran a las partes, por cuanto las cuestiones de hecho y de derecho se encuentran entrelazadas. Si bien, como principio, ello constituye una materia que corresponde a los jueces de la causa y es ajena a esa Corte Suprema de Justicia (cf. Fallos 308:1078, 311:341, 312:184 y 326:613), la sentencia de grado efectuó una valoración parcializada de la evidencia y no consideró elementos que hubiesen conducido a una solución opuesta, concretando así una grave afectación de los derechos de mi asistida (cf. Fallos 329:5769, 330:3426, 331:17 y 344:1291).

Por consiguiente, la orden de restitución y la privación de la responsabilidad parental confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja no constituyen una derivación razonada del derecho aplicable a las circunstancias probadas en la causa (cf. Fallos 312:1656, 327:5837, 329:513 y 330:1060), implica un apartamiento de la delicada misión que incumbe a los jueces de resolver los asuntos de familia a la luz del interés superior de los niños involucrados (cf. Fallos 344:2471) y no puede reputarse como un acto jurisdiccional válido (cf. Fallos 340:1441, 342:148 y 344:2488).

III.2. Tampoco resultan impedimento para la admisibilidad del recurso los presuntos déficits formales que el TSJ reseñó en su resolución del 8 de noviembre de 2022 –falta de interposición del recurso de reposición–, así como en su sentencia posterior del 22 de junio de 2023 a través de la cual desestimó el Recurso Extraordinario Federal. Esa determinación luce arbitraria y tiene como efecto privar a la niña del estudio de su caso ante la jurisdicción del más alto tribunal.

USO OFICIAL

Ya ha expresado la Excma. CSJN que, cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de los derechos que cuentan con tutela constitucional (Fallos: 324:122 y 327:5210). Las decisiones del TSJ que desestimaron el recurso de casación y, con el mismo fundamento, el recurso extraordinario federal, se traducen en un grave perjuicio sobre los intereses de la menor de edad involucrada. Los magistrados intervinientes deberían haber encauzado el trámite y analizado la cuestión de fondo para garantizar el acceso a la justicia de la niña.

No desconozco que las decisiones sobre la admisibilidad de los recursos constituyen una materia procesal propia de los jueces de la causa y no de la Corte Suprema (cf. Fallos 305:1489, 311:357, 313:77 y 317:1679). Sin embargo, esa regla ha sido exceptuada cuando el pronunciamiento judicial incurre en arbitrariedad por privilegiar normas procesales por sobre la solución de fondo, lo que constituye un excesivo rigorismo formal (cf. Fallos 310:870, 321:2065, 339:1674 y 346:287), que lesiona las garantía de defensa en juicio y el debido proceso (cf. Fallos 323:1449, 324:3612, 339:408, 339:1441, 341:161 y 344:1896), bloquea el tratamiento de las cuestiones planteadas sobre el fondo del asunto (cf. Fallos 339:1674, 342:2236, 343:2184, 345:348) y frustra los derechos en juego (cf. Fallos 325:1243, 329:5762 y 342:2125).

IV. En cuanto al fondo del asunto, considero que en la actualidad la restitución de mi representada a la provincia de La Rioja, junto con la privación de la responsabilidad parental de su progenitora, resultan arbitrarias y anulan su derecho a que su opinión sea tenida en cuenta, a la protección judicial y a su interés superior, que se encuentran amparados por los artículos 3 y 706, inciso “c”, del CCCN; por los artículos 3, inciso “b”, 24 y 27 de la Ley 26.061; por los artículos 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y por los artículos 8, 19 y 25 de la Convención Americana.

IV.1. Este trámite fue conducido sin escuchar la opinión ni atender a los intereses de la niña M.V. La normativa local regula la participación de los/as niños/as como un principio general de los procesos de familia, debiendo valorar su opinión según su grado de discernimiento (arts.

706 y 707, CCCN). Por su parte, el artículo 12 de la CDN –que también encuentra recepción en la Ley 26.061-, dispone que debe darse al menor de edad oportunidades de ser escuchado *"en todo procedimiento judicial o administrativo*" que lo afecte. De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, el artículo 12 es uno de los cuatro principios generales de la Convención, que funciona como un derecho sustantivo y como una pauta de interpretación (Observación General N° 12, párr. 2).

Ese mismo Comité ha señalado que debe brindarse al niño/a la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento, en especial cuando sus intereses y los de sus progenitores puedan ser contrapuestos (Observación General N° 12, cit., párr. 35-37). En casos de naturaleza civil, como la separación de los padres y la regulación del cuidado, debe valorarse la opinión del niño para determinar su interés superior. El Comité ha recomendado *"que los Estados parte garanticen, mediante leyes, normas y directrices de política, que se recaben y se tengan en cuenta las opiniones del niño, en particular en las decisiones relativas a su asignación a hogares de acogimiento familiar o de guarda, la elaboración y revisión de planes de guarda y las visitas a los padres y la familia*" (Observación General N° 12, cit., párr. 54).

La sentencia de grado no incluyó entre sus fundamentos la opinión de la niña M.V. Dado el severo impacto de lo resuelto en su vida (cambio de domicilio, privación de la responsabilidad parental de su madre, fijación de un nuevo domicilio en beneficio del progenitor), su consideración resultaba fundamental. Si bien la opinión o interés de los niños/as durante un proceso judicial no es a todo efecto obligatoria para los juzgadores, sí es exigible recabar esa escucha, tenerla presente, valorarla a la luz del principio de interés superior y dar razones fundadas frente a cualquier apartamiento de aquella.

Esa escucha debe realizarse con independencia de la edad de los/as niños involucrados, toda vez que *"el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión"* (CRC/C/79/D/12/2017, *Y.B. y N.S. Bélgica*, 5/11/2018, párr. 8.7). Asimismo, resulta ineludible para abordar el alcance del "interés superior". Como han puesto de resalto tanto esa Excma. Corte Suprema como el Comité sobre los Derechos del Niño, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 de la Convención si no se respetan los componentes del artículo

USO OFICIAL

12 del mismo instrumento internacional (Observación General N°12, cit., párr. 12 y 74 y CSJN, Fallos 344:2669).

No escapa a mi análisis que la magistrada de grado ordenó una escucha en el marco de un proceso conexo, que no pudo tener lugar por el desplazamiento de M.V y A.D.S.Z. a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sin embargo, no existió una indagación sobre cuáles fueron los motivos del traslado. Ello, aun habiéndose anoticiado la jueza de grado y el TSJ de la existencia de un proceso judicial a raíz de una denuncia por violencia familiar en el fuero de familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con una evaluación de la OVD de "alto riesgo". El mismo razonamiento es aplicable a la instancia superior, ya que los magistrados se limitaron a analizar la admisibilidad formal de los recursos interpuestos, sin tener en cuenta la entidad de los derechos afectados ni tomar medidas adecuadas de índole positiva para escuchar a la niña afectada en estas actuaciones.

IV.2. Más allá de la ausencia de elementos que den cuenta de la situación actual de M.V. en el expediente sustanciado en La Rioja, existen diligencias realizadas en el marco del expediente de violencia familiar que tramita en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, a mi entender, deben tenerse especialmente en cuenta al momento de tomar una decisión final sobre este pleito.

En esa instancia, el 3 de noviembre de 2022 se realizó una entrevista en los términos del artículo 12 de la CDN y de los artículos 24 y 27 de la Ley 26.061 en presencia de la jueza a cargo del Juzgado N° 106, la Lic. Marcela Palacios –psicóloga del Servicio de Psicología de la Cámara Nacional en lo Civil– y el Sr. Defensor de Menores e Incapaces. Se dispuso, además, la remisión de las actuaciones al Servicio de Psicología de la Cámara. Ese mismo día, la Lic. Palacios remitió un oficio donde consignó: "*M. manifestó que se siente muy cómoda en el Colegio al que concurre. Donde tiene amigas y amigos. Que le gusta la Ciudad, porque las personas son más educadas. Que quiere a ambos padres, pero que quiere vivir en esta ciudad con "mami". Que aquí la visitan sus abuelos maternos… manifestó que quiere tanto a su madre como a su padre. Hizo mención a que su madre es "más tranquila" y su padre es más movedizo y que habla fuerte. Expuso de manera segura que prefiere que su padre la llame por teléfono, pero "no verlo en*

persona"– lo mencionó en varias ocasiones–. Que su mamá es "más buena…". (cf. Informe del Servicio de Psicología de la Cámara Nacional en lo Civil, Expte CIV 40030/2022/1, fs. 91).

Luego, el 23 de febrero de 2023 se elaboró un informe socioambiental por parte de un equipo interdisciplinario del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la CABA, integrado por un abogado, una licenciada en trabajo social y una licenciada en psicología. Allí se entrevistó al grupo familiar conviviente de forma individual (la Sra. A.D.S.Z, el abuelo materno y la niña). Se destacó que M.V. manifestó situaciones de abuso sexual que habría sufrido por parte de su progenitor y su abuelo, lo que motivó la ya referida denuncia penal realizada por el CDNNA, actualmente en trámite (CIV Incidente No.1- 40030/2022/1, Informe CDNNYA, fs. 55, pp. 8-20 del archivo digital).

Además, los profesionales consignaron: "[s]*e le consulta cómo es el vínculo con su madre y refiere que se llevan bien, y ante la pregunta de con quién querría vivir sin dudarlo nombra a su progenitora. Se le plantea qué pasaría si tuviera que vivir con su padre y la niña expresa que "eso estaría mal, porque él me hizo daño y no tengo que estar con alguien que me hace daño".* El mismo informe concluyó: "[d]*e las entrevistas en emergencia no surgen indicadores de que actualmente M. se encuentre expuesta a situaciones de vulneración de derechos* […] *La progenitora posee recursos y capacidades simbólicas y emocionales para su protección y cuidado, garantizando los derechos de la niña. Asimismo, cuenta con un sostenimiento psíquico y afectivo de su entorno, contando con vínculos de confianza que poseen disponibilidad para responder a las necesidades de la niña. Por lo expuesto, consideramos que no existe impedimento para que la niña continúe la convivencia junto a su progenitora, puesto que es beneficioso y recomendable, debido a la expresión de deseo de M. de manera explícita de convivir junto a la misma"* (cf. CIV Incidente No. 1- 40030/2022/1, Informe CDNNA, fs. 55).

También en esas actuaciones se encuentra agregado un informe de la psicóloga tratante de la niña de fecha 28 de febrero de 2023, realizado por solicitud del CDNNA de la CABA, que da cuenta de situaciones de abuso que habría manifestado M.V. durante el tratamiento y de su actual adaptación a la vida cotidiana en esta ciudad. En especial, señaló que "*es de suma importancia que los espacios que encontró en Buenos Aires y los vínculos de confianza que la niña pudo construir, pese al arrasamiento subjetivo que experimentó con las experiencias de*

USO OFICIAL

abuso, puedan sostenerse, ya que Buenos Aires se ha convertido en el centro de vida de la niña. "Me preguntaron con quién quería vivir, de toda mi familia, y le dije con mi mamá, y me preguntaron dónde quería vivir ¡les dije que en Buenos Aires!, allá me quieren hacer ver a mi papá" (en referencia a La Rioja)" (cf. CIV Incidente No. 1- 40030/2022/1, Informe CDNNA, fs. 55, pp. 1-7 archivo digital).

Como representante de la niña M.V. en esta instancia, considero que no se debe innovar la situación actual de mi asistida en el sentido que propone la sentencia recurrida, ya que los efectos de una decisión de esa naturaleza serían de imposible reparación ulterior y pondrían en riesgo los derechos de la menor de edad. En el trámite específico que origina este dictamen la niña no fue debidamente oída y, por otra parte, las constancias de escucha en otros expedientes orientan hacia la necesidad de garantizar estabilidad a la niña en su lugar de residencia actual, así como a asegurar un abordaje terapéutico sostenido y especializado que le permita satisfacer su derecho a un desarrollo integral. Esas constancias revelan que la niña desea residir junto con su progenitora en la CABA y los informes recomiendan que continúe la convivencia con su progenitora, por ser ello beneficioso y acorde a su voluntad.

Agrego que consta en las actuaciones que M.V. concurre a un establecimiento de educación primaria (CIV Incidente No. 1- 40030/2022/1, Informe CDNNA, fs. 55; CIV 40030/2022, Informe del Servicio de Psicología de la Cámara Civil, fs. 91; CIV 40030/2022, Informe Social del Juzgado Nacional en lo Civil No. 106, fs.64), en el que posee un grupo de pares conformado. De allí que, de adquirir firmeza la sentencia recurrida, se introducirían alteraciones sustanciales a la dinámica de vida de M.V. De hecho, actuaciones judiciales posteriores de la justicia de La Rioja a la sentencia aquí recurrida ordenaron que el reintegro se produzca en un dispositivo provincial (Expte. Incidente No.1 40030/2022/1, Exhorto, fs. 57), por lo que la separación de su madre tendría como correlato una institucionalización que a todas luces se muestra contraria a su interés superior.

Al respecto, esa Excma. Corte ha señalado que los magistrados deben ser cautos cuando se trata de modificar situaciones de hecho respecto de menores de edad y mantener las condiciones de equilibrio que lucen más estables, evitando así nuevos conflictos de consecuencias impredecibles (cf. Fallos 331:147). Esa Corte expresó también, privilegiando la voluntad de los

niños, que: "[n]*o se trata solo de otorgar una respuesta limitada a una aplicación mecánica de la ley o a una sujeción irrestricta a ella, sino de adoptar una decisión que, a partir de la realidad pasada y presente, no desatienda la consideración del futuro cercano, a fin de evitar que en la búsqueda de una alternativa posible para satisfacer los distintos intereses en juego y armonizar los derechos* […] *se profundice aun más el conflicto familiar en grado tal que pueda llegarse a una vía de no retorno saludable para ninguno de los interesados"* (CSJ 1813/2018/RH1, "P. B., E. G. c/ B., K. E. s/ medidas precautorias", 7 de octubre de 2021).

IV.3. Respecto de la privación de la responsabilidad parental de la Sra. A.D.S.Z., opino que dicha determinación ha sido tomada sin fundamentos de entidad suficiente y que, por ese motivo, se afectan sustancialmente los derechos de mi asistida al cuidado por parte de su progenitora.

La magistrada de grado dispuso la privación de la responsabilidad parental, en virtud del artículo 700 inciso "c" del CCCN, toda vez que existiría una afectación a la salud psicológica de M.V. Ello se sustentó en el informe de la Lic. Cativa y en la actitud de la progenitora en estas actuaciones. En los fundamentos, consignó: "[a] *fs. 154 evacua vista el Asesor de Menores; con relación al informe de la Lic. Cativa surge la situación crítica en cuanto a la salud mental de su asistida, se advierte que es fundamental la continuidad del trabajo terapéutico…".* Prosiguió, refiriéndose a la actitud de la Sra. A.D.S.Z.: "*la actitud evasiva y de incumplimiento de la progenitora se advierte desde la primera presentación que realiza, la obstrucción y el impediente (sic.) es ostensible, se advierte a simple vista, es por ello que la situaciones de hechos planteadas (sic.) por la actora configuran, grandes transgresiones a los derechos fundamentales que le asisten a la Niña M., poniendo en peligro a la seguridad de la niña y comprometiendo gravemente su salud psíquica, privación de la responsabilidad parental artículo 700 inc. c) del C.C.y Com"* (cf. CSJ 1324/2023, "Escrito Incorporado" – "Autos Principales- Expte. 17656- S.Z.A.D. – Autosatisfactiva unido", fs.33 – 14 de septiembre de 2022).

Debo observar que la conclusión de que la salud mental de la niña M.V. se encontraba en un estado crítico imputable a su progenitora es la deducción a la que arribaron las autoridades, pero no se desprende -en esos términos- del informe psicológico. Lo que sí logra advertirse es que debe garantizarse la continuidad de tratamiento terapéutico "*para resolver el trastocamiento de*

USO OFICIAL

*roles de manera que la niña no quede identificada exclusivamente al lugar de tener que cuidar a los adultos" (*cf. CSJ 1324/2023, Informe del Servicio de Psicología del Hospital de la Madre y el Niño, fs.33, pp. 199-207 del archivo digital). Se sigue del expediente el impacto que ha tenido la conflictiva familiar en niveles de angustia y ansiedad que experimenta la niña, que exige un abordaje terapéutico urgente pero no la privación de la responsabilidad parental de su madre. Por el contrario, no se ve de qué modo una medida de esa naturaleza puede operar en el mejor interés de la niña M.V. Menos aún la institucionalización a la que se dirige el cumplimiento de la medida judicial provincial.

Tratándose de una medida sumamente gravosa que no solo afecta a un progenitor sino también a un hijo menor de edad, es imprescindible que se constate la existencia de un perjuicio real o eventual y que no se trate de una mera especulación (Caramelo, Herrera y Picasso, *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo II, p. 538). A la vez, debe considerarse que la disposición en cuestión es una causal "abierta" –a diferencia del art. 700 inc. "a" del CCCN–, por lo que debe ser abordada con cautela y, preferentemente, dentro de un proceso de conocimiento ordinario de mayor profundidad de debate, para que pueda llevarse adelante una mayor indagación e interpretación de los hechos (Herrera y De La Torre, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo 5, p. 494).

IV.4. Por otro lado, la falta de una revisión que aborde los argumentos de fondo de la sentencia recurrida, configura una violación al derecho a la tutela judicial efectiva de mi asistida, el cual se encuentra protegido por el artículo 18 de la CN y por los artículos 8, 19 y 25 de la CADH. Como ha sido reseñado en el punto III, el TSJ se limitó a efectuar un examen formal de los requisitos de procedencia de los recursos interpuestos, sin estudiar el fondo del asunto. En definitiva, a través de su decisión dejó firme una sentencia arbitraria. No debe perderse de vista que M.V. es una niña de siete años de edad, involucrada en una conflictiva familiar de larga data y de extremos de gravedad, que debe tener una tutela preferencial y reforzada por parte de los órganos del sistema de justicia (cf. Reglas de Brasilia a las que adhirió esa Corte por Acordada 5/2009).

El artículo 3 de la CDN determina una serie de garantías procesales para velar por la observancia del "interés superior". En esta inteligencia, el Comité de los Derechos del Niño señaló

que: "[l]*os Estados deben establecer mecanismos en el marco de sus ordenamientos jurídicos para recurrir o revisar las decisiones concernientes a los niños cuando alguna parezca no ajustarse al procedimiento oportuno de evaluación y determinación del interés superior del niño o los niños.* […] *Los mecanismos deben darse a conocer al niño, que ha de tener acceso directo a ellos o por medio de su representante jurídico, si se considera que se han incumplido las garantías procesales, los hechos no son exactos, no se ha llevado a cabo adecuadamente la evaluación del interés superior del niño o se ha concedido demasiada importancia a consideraciones contrapuestas. El órgano revisor ha de examinar todos esos aspectos"* (Observación General N° 14, párr. 98).

Siempre debe existir la posibilidad de efectuar una revisión amplia de las decisiones judiciales. Para cumplir con el estándar de efectiva tutela y de acceso a los mecanismos de revisión, los operadores judiciales deberían haber flexibilizado el proceso de forma tal que, frente a posibles defectos formales, se priorizaran los intereses de M.V. Este principio de flexibilización es propio de los procesos de familia, teniendo en cuenta que se encuentra comprometido el orden público. Así debe leerse el artículo 706 inciso "a" del CCCN, en tanto señala que las normas procesales "*deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables*". Las medidas judiciales analizadas en este dictamen fueron dictadas en un proceso de mínima sustanciación y sin revisión por parte de las instancias superiores, aun cuando resolvieron sobre aspectos vitales de la niña M.V. (dónde vivirá, con quién vivirá, quien ejercerá sus cuidados).

V. Por todo lo expuesto, solicito que el recurso de queja sea admitido, que se conceda el recurso extraordinario federal interpuesto y que se revoque la decisión que ordenó la restitución de la niña M.V. a la provincia de La Rioja y que privó de la responsabilidad parental a su progenitora, la Sra. A.D.S.Z.

Defensoría General de la Nación, 12 de septiembre de 2023.

STELLA MARIS MARTÍNEZ
Defensora General de la Nación

USO OFICIAL

Signature Not Verified
Digitally signed by STELLA MARIS MARTÍNEZ
Date: 2023.09.12 15:03:04 ART